DIE RECHTLICHE NATUR

DES

TRÖDELVERTRAGES.

INAUGURAL-DISSERTATION

DER

RECHTS- UND STAATSWISSENSCHAFTLICHEN FAKULTÄT

DER

KAISER-WILHELMS-UNIVERSITÄT STRASSBURG

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

ROBERT KOCH

REFERENDAR IN TRUCHTERSHEIM.

STRASSBURG.

DRUCK D. „STR. N. N.“, A.-G., VORM. H. L. KAYSER.

1892.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542727_0164

GEDANKENGANG.

A. Einleitung.
Der Begriff des Trödelvertrages.
B. Abhandlung.
I. Der Trödelvertrag als eigenartiger Contract:
1. Vergleichung mit der Miete,
2. mit dem Mandat,
3. mit dem Kauf und
4. mit der Societät, als den verwandten, aber doch von ihm verschiedenen Geschäften.
II. Der Trödelvertrag als Realcontract:
1. Vom Standpunkt des römischen und
2. vom Standpunkte des heutigen Rechtes aus.
III. Der Trödelvertrag als ein blos Detention begründender Realcontract.
C. Schluss.
Nachweis des behandelten Vertragsbegriffes aus den Quellen.

Auf Grund verschiedener Digestenstellen, vor allem des Titels XIX, 3 de aestimatoria, spricht die gemeinrechtliche Doktrin von einem contractus aestimatorius oder Trödelvertrag, den sie folgendermassen definiert:

Ein Trödelvertrag ist vorhanden, wenn jemand einem anderen eine ästimierte Sache zum Zwecke des Verkaufes übergiebt — cum res aestimata vendenda datur (l. 1. 19, 3) — unter der alternativen Verpflichtung, entweder die Sache zu restituieren oder die Ästimationssumme zu leisten[1]).

Demnach kommen bei diesem Vertrage stets folgende Punkte in Betracht:

Einmal Hingabe unter Schätzung. Diese geschieht hier im Gegensatze zu den Fällen der aestimatio taxationis causa in dem Sinne, dass sich die Schätzungssumme in obligatione befinden soll, und zwar wird sie nicht als blosses Surrogat für den Fall der Unmöglichkeit einer anderen Leistung, sondern in erster Linie geschuldet. Im Gegensatze jedoch zu den Fällen der aestimatio venditionis causa kommt sie nicht als alleiniges Schuldobjekt in Betracht, sondern sie bildet mit der Rückgabe der hingegebenen Sache den Inhalt einer alternativen Obligation. Bei dieser alternativen Obligation steht das Wahlrecht dem Schuldner, also dem Empfänger der Sache zu. Wählt er die Ästimationsleistung, so erschöpft sich seine Pflicht in der Zahlung der Schätzungssumme; ein durch den Verkauf der Sache etwa erzielter Mehrerlös kommt ihm zu gute.

[1]) Vergl. z. B. schon Köchy: Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit, No. 14, S. 168 fg., ferner Brinz: Kritische Blätter, S. 18, Regelsberger bei Holtzendorff, Bd. III. 2, S. 911 und viele andere.

Von allen anderen Verträgen, welche eine alternative Verpflichtung des Empfängers zur Rückgabe der hingegebenen Sache oder der Leistung ihrer aestimatio begründen, unterscheidet sich der Trödelvertrag durch den ihm eigentümlichen Zweck; res aestimata *vendenda* datur; die Sache wird dem Empfänger zum Zwecke des *Verkaufes* übergeben.

Über die rechtliche Natur dieses Vertrages herrscht die grösste Meinungsverschiedenheit; in allen wesentlichen Punkten, ob er eine besondere Vertragsspecies bilde, ob er auch für das heutige Recht als Realcontract anzusehen sei, und ob durch ihn ein Eigentumsübergang oder nur Einräumung der Detention vermittelt werde, gehen die Ansichten weit auseinander.

Zur Lösung der ersteren Frage, ob er ein eigenartiger Vertrag sei, können wir nur dadurch gelangen, dass wir ihn mit allen verwandten Rechtsgeschäften vergleichen und zusehen, ob er sich nicht dem einen oder anderen unterordnen lässt.

Zunächst lässt sich eine grosse Ähnlichkeit des Trödelvertrages mit der Miete nicht verkennen. Freilich ihn mit der Sachmiete zu vergleichen, wie Chambon[1]) es thut, dazu möchte weniger Veranlassung vorliegen, indem es sich im Falle der Hingabe einer res aestimata vendenda nicht sowohl um ein frui licere mit unbedingter Restitutionspflicht handelt, als vielmehr um ein durch Trödler zu vermittelndes vendere. Wohl aber dürfte mit Chambon (S. 52) und Brinz (kritische Blätter S. 57 fg.) die Vergleichung des Vertrages mit der locatio conductio operarum und operis gerechtfertigt erscheinen.

Bei der Dienst- und Werkmiete verlangt der eine Contrahent von dem anderen ein Handeln, und desgleichen wird auch derjenige, welcher jemanden eine Sache zum Verkaufe übergiebt, von dem Empfänger eine gewisse, auf das Losschlagen derselben gerichtete Thätigkeit erwarten.

Auch liegt, wie Chambon mit Recht bemerkt[2]), da der Trödler den Mehrerlös behalten darf, der Gedanke nicht ferne,

---

[1]) „Beiträge zum Obligationenrecht“: Die Lehre von dem contractus aestimatorius, S. 97.

[2]) S. 99.

den Reingewinn, welchen er bei dem Verkaufe erzielt, als Lohn für seine Dienstleistung anzusehen.

Gleichwohl unterscheiden sich Trödelvertrag und Miete in wesentlichen Punkten.

Chambon, welcher ebenfalls beide Verträge als in mancher Hinsicht von einander verschieden erachtet, ist der Ansicht, es werde bei dem contractus aestimatorius eine merces meist nur unter der Bedingung versprochen, dass ein Weiterverkauf wirklich erfolge, während bei der locatio conductio eine Bezahlung der Mühewaltung ohne Rücksicht auf den Erfolg stattfinde[1]). — Mit Recht bemerkt hierzu Chambon's Kritiker Brinz[2]), dass damit ein Unterschied zwischen Miete und Trödelvertrag noch nicht gegeben ist, nur zwischen locatio conductio operarum und Trödelvertrag, nicht aber zwischen diesem und der locatio conductio operis. Auch bei ihr wird nur der Erfolg, nicht die blosse Thätigkeit bezahlt.

Sodann sieht Chambon einen wesentlichen Unterschied zwischen beiden Verträgen in der verschiedenen Haftung aus denselben[3]), indem der Trödler nach geschehener Veräusserung für die Ästimationssumme unbedingt einstehen müsse und somit das periculum casus trage, während der conductor, resp. locator nur für culpa levis hafte, nie für Zufall. — Hierauf entgegnet Brinz zutreffend[4]), dass für die Unterscheidung zweier Rechtsgeschäfte der Grad der ihnen eigentümlichen Haftung niemals von Bedeutung werden kann. „Sogar der Depositar und Mandatar können das periculum übernehmen, Beweis genug, dass der Charakter eines Contractes sich nicht nach dem periculum richtet; es macht die obligatio stärker, aber zu keiner anderen.“

Es geht aber auch nicht an, mit Brinz zu behaupten, der Lohn beim Trödelvertrag sei immer eine merces incerta, im Gegensatz zu der merces certa der Miete, und darin liege

---

[1]) S. 100.
[2]) S. 8.
[3]) S. 100.
[4]) S. 8.

zwischen beiden Verträgen ein hauptsächlicher Unterschied[1]). Wenn neben dem Rechte auf den unsicheren Mehrerlös dem Trödler eine feste Vergütung versprochen wird, was nach l. 2 h. t. möglich ist, ohne dass dadurch der Vertrag seine Natur ändert, so ist doch immer ein sicherer Lohn in dem Sinne, in welchem er bei der locatio conductio verlangt wird, vorhanden. Auch bei der Miete braucht nicht die ganze merces von vorneherein genau festgestellt zu sein, es genügt vielmehr die Verabredung einer bestimmten Summe, und die Contrahenten können es von zukünftigen Umständen abhängig machen, ob der Lohn noch mehr betragen soll oder nicht. Dies erklärt l. 7 § 218, 1 ausdrücklich für den Kauf:

> si quis ita emerit: est mihi fundus emtus centum et quanto pluris eum vendidero; valet venditio et statim impletur; habet enim certum pretium centum, augebitur autem pretium, si pluris emtor fundum vendiderit.

Was aber vom pretium der emtio venditio gilt, muss auch für die merces der locatio conductio zur Anwendung kommen, denn „locatio conductio proxima est emtioni et venditioni, iisdemque iuris regulis consistunt“, pr. Inst. 3, 24. —

Aus dem Gesagten geht demnach hervor, dass der Lohn beim Trödelvertrage nur dann unbestimmt erscheint, wenn dem Trödler lediglich das Recht auf den unsicheren Mehrerlös zusteht, dass er dagegen immer dann im Sinne der merces certa bei der Miete ein bestimmter ist, wenn eine feste Vergütung vereinbart wurde. Hängt nun aber die Bestimmtheit des Lohnes von der Parteivereinbarung ab, so handelt es sich um eine reine quaestio facti, nicht um ein Begriffsmerkmal, und kann somit auch, was diesen Punkt betrifft, ein Unterschied zwischen beiden Verträgen nicht aufgestellt werden.

Dagegen ist mit Chambon[2]) darin ein solcher zu erblicken, dass bei der locatio conductio eine Pflicht zum Handeln besteht, bei dem Trödelvertrag lediglich ein Recht.

---

[1]) S. 10.
[2]) S. 100.

Anderer Ansicht ist Brinz[1]); er schliesst aus den Worten der l. 2. cit: „haec actio utilis est et si merces intervenit“ auf die Möglichkeit der Übernahme einer Verpflichtung zum Handeln und glaubt, dass zwar nicht immer eine solche Pflicht vorhanden sei, wohl aber im einzelnen Falle dem Trödler gegen einen bestimmten Lohn auferlegt werden könne.

Wie er diese Ansicht mit der essentiellen Alternativität vereinigen will, möchten wir nicht begreifen. Jedenfalls dürfte sich eine solche Verpflichtung nicht mit einer unbedingten obligatio alternativa vereinigen lassen. Denn da dem Schuldner das Wahlrecht zusteht, ob er die Sache oder die Ästimationssumme leisten will, kann er ja jeden Augenblick erstere restituieren und sich so einer jeden Verbindlichkeit entledigen. Wir müssten also, um Alternativität und Verpflichtung zum Handeln zu verbinden, an eine bedingte alternative Obligation denken. A will seine Sache X um 100 Mk. verkaufen. Er wendet sich zu diesem Zwecke an den Trödler B, welcher sich gegen das Recht auf einen etwaigen Mehrerlös verpflichtet, im Interesse des Verkaufes thätig zu werden. Unter der Bedingung, dass B eine Veräusserung zu 100 Mk. nicht gelingt, soll er die Alternative haben, ob er die Sache um 100 Mk. behalten oder ob er sie zurückgeben will. Ein solches Rechtsgeschäft würde aber einen vernünftigen Sinn nicht enthalten. Aus der Hingabe unter der Ästimationssumme 100 ergiebt sich klar, dass A 100 will und weiter nichts; bringt B diese 100, so braucht er keine Rechenschaft darüber abzulegen, woher er das Geld erhalten hat, und wer der Käufer sei; daran kann A kein rechtlich erhebliches Interesse haben; mithin wird B gleich von vorne herein kaufen können, und man wird nicht von einer nur bedingten Berechtigung reden dürfen. Die Verpflichtung kann demnach nur lauten: Du bemühst Dich, mir 100 zu verschaffen, eventuell die Sache zu restituieren. Dann aber haben wir wieder keine Alternativität.

Merces kommt mithin in fr. 2 cit. nicht in seiner gewöhnlichen Bedeutung vor, sondern bezeichnet wohl das Versprechen

---

[1]) S. 9; ebenso auch Windscheid, S. 383, A. 11.

einer Leistung für den *Fall* des Verkaufes, aber ohne Verpflichtung zur Bemühung um den Verkauf. Gewiss liegt darin dem Resultat nach eine Ermässigung der aestimatio, aber warum sollte sie nicht in dieser Form vorkommen können?[1])

Auch mit dem Mandat zeigt der Trödelvertrag eine gewisse Ähnlichkeit. Beide Verträge stimmen, ebenso wie der Trödelvertrag und die Miete, in der Erwartung einer bestimmten Thätigkeit überein, welche von dem Empfänger der Sache ausgehen soll. Indes wird man auch hier mit Rücksicht auf die obige Begriffsbestimmung Chambon[2]) beipflichten müssen, wenn er im Gegensatze zu Brinz[3]) gerade darin einen wesentlichen Unterschied zwischen beiden Verträgen findet, dass der Mandatar kraft des übernommenen Mandates zur Bemühung um den Verkauf der übergebenen Sache verpflichtet ist, während der Trödler zu einer derartigen Thätigkeit nicht angehalten werden kann, es ihm vielmehr freisteht, sich, wenn er will,

---

[1]) Entgegengesetzter Ansicht, ohne ersichtlichen Grund, ist Friedrichs, S. 16 unten. Derselbe lässt sich auch (S. 12 u. 17), obschon er principiell die Möglichkeit der Übernahme einer Verpflichtung verneint S. 11, 22, durch fr. 2 cit. zu der Annahme verleiten, dass eine Verpflichtung durch Nebenabrede übernommen werden könne, S. 12. „Die Pflicht zur Verkaufsbemühung ruht dann nicht auf diesem (dem Trödelvertrage), sondern auf der Nebenabrede.“ Worauf sie beruht, darauf kommt es weniger an, als darauf, ob sie sich mit der Alternativität verträgt. — Dagegen sind die beiden andern, von Friedrichs, S. 17, versuchten Lösungen, nach welchen merces entweder die Bedeutung einer Vergütung für Einräumung des Wahlrechtes zukommt, oder diejenige eines Mietszinses für die Überlassung der Waare, wenn auch sehr unwahrscheinlich, so doch denkbar, da beide Fälle pacta adiecta betreffen, welche sich mit dem eigentlichen Hauptgeschäfte vertragen. Volle Klarheit wird man über fr. 2, schon mit Rücksicht auf das damit in engstem Zusammenhang stehende, stark verdorbene (vergleiche Ihering Jahrb., XV. 384 fg.) fr. 1, wohl nie gewinnen. Für uns genügt an dieser Stelle die Feststellung, dass merces eine andere Bedeutung haben *muss*, als Zusage für die Übernahme einer Verpflichtung, da eine solche der rechtlichen Natur des Vertrages widerstreitet, und dass ein anderer Sinn auch sehr wohl möglich ist.

[2]) S. 103.

[3]) S. 10.

durch Restitution der res ipsa incorrupta einer jeden contractlichen Verbindlichkeit zu entledigen[1]).

Chambon[2]) sieht darin eine Ähnlichkeit zwischen beiden Verträgen, dass sie von Haus aus unentgeltlich seien, man aber bei jedem von ihnen im Laufe der Zeit für manche Fälle eine Vergütung der Dienstleistung zugelassen habe, beim Trödelvertrag die in fr. 2 cit. erwähnte merces, beim Mandat das Honorar. Indes gehen beide Geschäfte gerade hinsichtlich der Gratuität weit auseinander. Das Mandat ist ein Contract, welcher im Interesse des Auftraggebers eingegangen wird, die Absicht auf einen Gewinn ist ihm fremd, denn „originem ex officio atque amicitia trahit“[3]); ein etwa nachher gewährtes Honorar ist nicht Äquivalent für die geschehene Leistung, sondern Anerkennung und Ehrensold[4])[5]).

Ganz anders verhält es sich beim Trödelvertrage. Der Trödler ist in den meisten Fällen ein Spekulant, welcher nicht daran denkt, dem Eigentümer der Sache einen Freundschaftsdienst zu leisten, vielmehr in der Hoffnung auf eigenen Gewinn möglichst hoch zu verkaufen sucht.

Viel näher als der Miete und dem Mandat ist der contractus aestimatorius dem Kauf verwandt, ja viele halten ihn für eine species der emtio venditio. Gehört er ja doch, wie schon sein Name andeutet, in die Klasse der Ästimationsverträge, das heisst derjenigen Kontracte, bei welchen eine Sache unter einer Schätzung hingegeben wird, die man in dem Sinne vornimmt, dass der Empfänger der res aestimata die Schätzungssumme bedingt oder unbedingt leisten soll. Diese Rechts-

---

[1]) Übereinstimmend Friedrichs, S. 21.

[2]) S. 102.

[3]) Vergl. l. 13 pr. u. § 1, 19,5.

[4]) Dernburg: Pandecten, Bd. II., S. 303.

[5]) Siehe dagegen Friedrichs, S. 21 u. die daselbst citierten. Sie betrachten eben bei Vergleichung beider Rechtsgeschäfte das Mandat nicht in seiner ursprünglich reinen Form, sondern in seiner späteren Entwicklung. Doch auch in dieser finden sich noch Anklänge an die alte Anschauung; z. B. wird im Falle des Honorarversprechens keine actio gewährt, sondern es findet nur extraordinaria cognitio statt.

geschäfte aber haben eine grosse Ähnlichkeit mit dem Kauf. Fassen wir einmal denjenigen Fall, welcher unserem Trödelvertrage am nächsten kommt, die dos venditionis causa aestimata ins Auge, so handelt es sich bei dieser um die Übergabe einer Sache unter der Verpflichtung, post diem eine vereinbarte Summe zu zahlen. Was liegt da näher, als an eine emtio venditio zu denken, in der res aestimata die merx, das pretium in der aestimatio zu sehen? Diese Ähnlichkeit entging denn auch den Römern nicht, ja es könnte nach den Quellenaussprüchen so scheinen, als hätten sie diesen Ästimationsvertrag dem genus der emtio venditio vollständig untergeordnet. Wird doch von der Ästimationssumme als einem Kaufpreis gesprochen, und der Satz periculum est emtoris auch hier zur Anwendung gebracht; ferner werden die actiones emti und venditi geradezu gegeben, und der Mann hat, wie der Käufer, eine Klage wegen Eviction.

Allein es handelte sich doch immer nur um eine juristische Denkform, nicht um eine vollständige Gleichstellung mit dem Kauf. Der römische Jurist zog wohl in Erwägung, dass zwar der objektive Bestand einer emtio venditio vorlag, aber das subjektive Moment der kaufrechtlichen Absicht fehlte, dass niemand bei Bestellung einer dos an einen Kauf dachte, sondern jeder nur an eine dos. Demgemäss darf man es auch mit dem Satze der l. 10 § 5, 23, 3: „aestimatio venditio est“ nicht so genau nehmen, weisen doch andererseits auch direkte Aussprüche in den Quellen, wie Kaiser Alexanders, der den Mann nur als summae *reluti* pretii debitor (l. 5, cod. 5,12) bezeichnet und Justinian's, der von einem *quasi* emtor spricht (l. un. § 9, i. f. C. de r. u. 5,13), desgleichen Abweichungen von der kaufrechtlichen Behandlung, wie sie z. B. in l. 16, 23,3 mit der Begründung „quia non simplex venditio est, sed dotis causa“ gegeben sind, darauf hin, dass die Römer in dem Falle der dos venditionis causa aestimata nur eine Kaufanalogie, nicht einen wahren Kauf erblickten.

Unser Trödelvertrag hat nun aber mit der dos venditionis causa aestimata eine unverkennbare Ähnlichkeit. Der Trödler verpflichtet sich ebenfalls, gegen Hingabe einer Sache eine

bestimmte Schätzungssumme zu leisten, nur schuldet er diese nicht allein, sondern alternativ neben der res ipsa incorrupta. Kann man nun auch wegen dieser Alternativität nicht an einen unbedingten Kauf denken, so liegt doch andererseits der Gedanke an einen unter der Bedingung „si placuerit“ geschlossenen nicht fern. Aber auch hier scheint wieder die kaufrechtliche Absicht zu fehlen, denn die Hingabe zum Zwecke des Verkaufes, um Käufer zu suchen, und ein direktes vendere an den Empfänger der Sache sind doch zwei verschiedene Dinge. Dies ist jedoch nur teilweise richtig. Da der Eigentümer der Sache kein Interesse daran haben kann, wofern er nur die Ästimationssumme erhält, ob der Trödler das empfangene Objekt verkauft oder selbst behalten hat, so darf man mit Bechmann[1]) annehmen, dass mit der auf das vendendum dare gerichteten Absicht (des Verkaufes) eine alternative Absicht des Verkaufes an den Trödler selbst concurriert.[2])

Indes genügt eine solche noch nicht, um einen Kaufvertrag zu stande zu bringen, denn die emtio venditio ist ein zweiseitiges Rechtsgeschäft und erfordert demgemäss consensus beider Kontrahenten. Dem Trödler aber fehlt in dem Augenblicke, in welchem er den contractus aestimatorius abschliesst, die kaufrechtliche Absicht; er will ein unbedingtes Geschäft mit alternativem Verlauf, nicht aber gleich von vorneherein einen Kauf, wenn auch nur einen bedingten. Dass man ferner eine solche Alternativität, wie sie dem Trödelvertrage eigen

---

[1]) Bechmann, „System des Kaufs nach gemeinem Recht“, erste Abteilung, S. 409fg.

[2]) Schliesst der Trödler später ein anderes Veräusserungsgeschäft als einen Kaufvertrag ab, so charakterisiert sich dasselbe als konkludente Handlung dafür, dass *er* kauft. Kauf liegt also bei Leistung der aestimatio immer vor und da beide Parteien bei unserem Geschäfte (vernunftgemäss) einen solchen von vorneherein ins Auge fassen, wird bei dem contractus aestimatorius die Bezeichnung des vendendum dare in den Quellen stets angewandt. Damit widerlegen sich die unzutreffenden Ausführungen Friedrich's, Seite 10fg. — Daraus folgt natürlich nicht, dass vendendum dare *nur* vom Trödelvertrage gebraucht wird; vergl. l. 44 pro socio u. l. 5, § 18 de tribut. act., sowie unsere Besprechung dieser Stellen unten.

ist, nicht in eine einzige, bedingte Obligation auflösen darf, hoffen wir weiter unten darlegen zu können.

Dem Gesagten zufolge ist der Trödelvertrag kein Kauf; wohl aber kann er in einen solchen auslaufen, was dann der Fall ist, wenn der Trödler die Ästimationssumme leistet.

Gleichwohl halten viele den contractus aestimatorius für einen Kauf.

Vor allem Chambon[1]). Er glaubt, es handle sich immer, wenn eine Ästimationssumme geschuldet werde, um eine wahre emtio venditio. Während er nun in denjenigen Fällen, in welchen die aestimatio einzig und allein als Gegenstand der obligatio in Betracht kommt, einen unbedingten Kauf annimmt, legt er dem Trödelvertrag mit Rücksicht auf die nur alternativ bestehende Verpflichtung zur Leistung der Summe die Bedeutung einer condicionalis venditio bei. Diese condicionalis venditio soll aber nicht ein gewöhnlicher bedingter Kauf sein, sondern vielmehr ein Rechtsgeschäft, welches nach den in ihm liegenden faktischen Voraussetzungen die Natur eines Kaufes erhalten kann, wenn ein gewisses, unbestimmtes, in der Zukunft liegendes Ereignis eintritt, nämlich die Entscheidung des Trödlers für die Ästimationsleistung[2]). Der Trödelvertrag ist also seiner Ansicht nach ein Geschäft, welches in einen Kauf umschlagen kann, eine Eigenschaft, welche nicht nur diesem Kontracte, sondern auch allen anderen Ästimationsverträgen zukommen soll, sofern die aestimatio nicht lediglich eine aestimatio taxationis causa ist. Auch im Falle des depositum aestimatum und des unter Schätzung übergebenen Faustpfandes liege eine solche condicionalis venditio vor, deren Bedingung in dem Untergange der ästimierten Sache bestehe.

Mit Recht hat sich gegen eine solche Auffassung Chambon's Kritiker Brinz[3]) gerichtet. Es kann, wie dieser betont, kein Geschäft geben, welches plötzlich in ein anderes umschlägt, vielmehr kommt immer nur dasjenige zustande, welches die

[1]) S. 74 fg.
[2]) S. 78 unten.
[3]) S. 13 fg.

Kontrahenten gerade wollen. Der Umstand allein, dass der Trödler sich für die Ästimationsleistung entscheidet, kann nicht ex post dem ganzen Geschäfte den Charakter eines Kaufes verleihen; richtig ist nur soviel, dass der Trödelvertrag in einen Kauf auslaufen kann; aber dann sind immer zwei Rechtsgeschäfte scharf auseinander zu halten, der Trödelvertrag und der Kauf.

Wie es beim Kauf auf Besicht von dem freien Entschlusse des Empfängers abhängt, ob er die Sache behält und das pretium leistet, oder die Sache zurückgiebt, so hat auch der Trödler die Wahl zwischen der Leistung der Ästimationssumme und der Rückgabe der res ipsa incorrupta. Diese Ähnlichkeit zwischen beiden Geschäften hat manche veranlasst, den Trödelvertrag als einen Kauf auf Probe oder Besicht anzusehen. Namentlich scheint Puchta diese Ansicht zu vertreten; nach ihm erfolgt die aestimatio bei unserem Contracte venditionis gratia; er denkt also wohl an eine emtio unter der Resolutivbedingung nisi displicuerit[1]).

Gleichwohl weichen beide Verträge in wesentlicher Hinsicht von einander ab. Auch Chambon sucht ihren Unterschied festzustellen. Zunächst liegt derselbe seines Erachtens in dem für das Behalten der res den Ausschlag gebenden Momente. Beim Probekauf hängt, wie er glaubt, das Zustandekommen des Rechtsgeschäftes von dem reinen Gefallen an der Waare ab, während dasselbe beim Trödelvertrag ganz und gar nicht in Betracht komme; für den Trödler handle es sich regelmässig nur um den, von der Qualität der Waare völlig unabhängigen Umstand, ob er eine passende Gelegenheit zum Weiterverkauf finde[2]).

Indes dürfte diese Ausführung der Richtigkeit entbehren. Wenn beim Trödelvertrag für das Behalten der Waare die Gelegenheit zum Weiterverkauf den Ausschlag giebt, dann hängt das Behalten derselben auch bei ihm von dem Gefallen ab; denn je nachdem der Trödler die Waaren an den Mann bringen kann oder nicht, werden sie ihm gefallen, resp. missfallen.

---

[1]) Puchta, Vorlesungen § 313.

[2]) S. 94.

Sodann ist es nach Chambon dem Trödelvertrag charakteristisch[1]), dass der Empfänger die Sache zum Zwecke des Verkaufes erhält, während man beim Kauf auf Probe von einem solchen Zwecke als einem Bestandteil des Geschäftes nicht reden kann. — Diese Unterscheidung hält Reinhold[2]) nicht für richtig. Nach ihm ist die Hingabe zum Verkauf für den contractus aestimatorius durchaus nebensächlich, und die Bezeichnung unseres Vertrages mit den Worten „cum res aestimata vendenda datur", wie sie in fr. 1 pr. 19, 3 vorkommt, hat nach ihm keinen anderen Sinn, als dass die Hingabe und Annahme der Sache gewöhnlich zum Zwecke des Weiterverkaufes stattfindet, und dass die Römer von diesem gewöhnlichen Zwecke den Namen entlehnten.

Wenn die Quellen den Trödelvertrag mit vendendum dare bezeichnen, so kann darin unseres Erachtens so wenig ein blosses naturale negotii gefunden werden, wie in der Bezeichnung des Kommodats und des Depositum mit utendum und custodiendum dare; gerade in diesem Zwecke des Verkaufes liegt ein essentiale unseres Geschäftes, und Chambon hat Recht, wenn er diesen Zweck für den Trödelvertrag charakteristisch erklärt, im Gegensatz zum Kauf auf Probe, dem derselbe fehlt[3]).

Dagegen wird man Chambon nicht beipflichten dürfen, wenn er einen weiteren wesentlichen Unterschied beider Verträge darin erblickt, dass beim suspensiven Probekauf der Kauflustige für custodia und culpa levis hafte, während der Trödler oft die Gefahr des Zufalles tragen müsse[4]). Es gilt hier das, worauf wir schon oben, im Anschlusse an Brinz, hingewiesen haben: die Frage nach der Haftung für das periculum ist bei der Vergleichung zweier Rechtsgeschäfte bezüglich ihrer rechtlichen Natur ganz bei Seite zu lassen.

[1]) S. 95.

[2]) „Der Trödelvertrag", S. 20 fg., S. 7. Diese Abhandlung ist mehr der Vollständigkeit als des wissenschaftlichen Interesses halber, auf welches sie gar keinen Anspruch machen kann, in Folgendem herangezogen worden.

[3]) Vergl. auch Anmerk. 2 auf Seite 9.

[4]) S. 95.

Sodann liegt nach Chambon im Falle des resolutiv bedingten Probekaufes bis zum Eintritt der Bedingung ein reines Kaufgeschäft vor, während beim contractus aestimatorius das Rechtsverhältnis lediglich so geartet sein soll, dass es später den Charakter eines Kaufes annehmen kann[1]). Dass zunächst ein resolutiv bedingter Kauf von vorneherein so gut eine Bedingung in sich trägt wie ein suspensiver, dürfte auf der Hand liegen, was aber die Eigenschaft des Trödelvertrages anlangt, welcher zufolge er sich später in einen Kauf verwandeln kann, so ist auf die Unrichtigkeit dieser Auffassung bereits oben hingewiesen worden.

Im Gegensatze zu Chambon, welcher contractus aestimatorius und Probekauf als zwei verschiedene Contracte ansieht, glaubt Reinhold, der Trödelvertrag sei stets ein Kauf auf Probe. Er sieht[2]) nur darin eine Abweichung beider Verträge von einander, dass der Trödelvertrag zwischen einem en gros Waarenerzeuger, einem Fabrikanten als Verkäufer, und einem Hausierer als Käufer geschlossen werde, der Kauf auf Probe auch zwischen anderen Personen, ferner, dass der Trödler regelmässig nicht für sich anschaffe, sondern blos zu dem Zwecke, um die Sache weiter zu veräussern und bei dem Weiterverkauf einen Gewinn zu machen, sodann darin, dass die für die Rückgabe bedungene Zeit bei dem Kaufe in der Regel eine sehr kurze sei, oft nur wenige Stunden dauere, während sie beim Trödelvertrage reichlich bemessen werde.

Freilich, wenn der Unterschied zwischen beiden Verträgen in solch juristisch irrelevanten Thatsachen sich zeigte und nur in diesen, dann möchten wir kein Bedenken tragen, den Trödelvertrag als einen Probekauf anzusehen. Indes zeigen beide Rechtsgeschäfte eine rechtlich erhebliche Verschiedenheit.

Der contractus aestimatorius ist nicht notwendiger Weise ein bedingter Vertrag, wohl aber der Kauf auf Probe; bei diesem ist ein Schwebezustand vorhanden, ob eine Verpflichtung zur Restitution der Sache oder zur Leistung des pretium statt-

[1]) S. 95.
[2]) S. 27 fg.

finden wird; bei der alternativen Obligation sind pure sowohl res als aestimatio in obligatione, allerdings nur eines von beiden in solutione. Man hat zwar auch im Falle einer alternativen Verpflichtung einen Schwebezustand annehmen zu müssen geglaubt, und namentlich hat Bernstein in seiner „Lehre vom alternativen Willen“[1]) die Frage aufgeworfen, ob bei der alternativen Obligation suspensive Pendenz, also wie beim suspensiven Probekauf, oder resolutive Pendenz, also wie beim resolutiv bedingten Probekauf, anzunehmen sei, aber mit Recht wendet sich gegen eine solche Auffassung Dernburg[2]) und namentlich auch Windscheid[3]), welcher uns zum Belege dafür, wie unrichtig es ist, die alternative Obligation in zwei bedingte aufzulösen, auf l. 19 33, 5 hinweist:

> „illud aut illud, utrum elegerit legatarius, nullo a legatario electo, decedente eo post diem legati cedentem, ad heredem transmitti placuit“.

Es handelt sich in der Stelle um ein alternatives Vermächtnis; der Honorierte ist, ohne sein Wahlrecht ausgeübt zu haben, gestorben. Das Vermächtnis wird den Erben des Legatars deferiert, denn dieser ist, wie die Stelle besagt, post diem cedentem verschieden. Wäre das alternative Legat in zwei bedingte aufzulösen, dann würde der Jurist nicht entscheiden, der dies cedens sei eingetreten, obschon der Honorierte sein Wahlrecht noch nicht ausgeübt hatte; das Vermächtnis aber würde als ein bedingtes auf die Erben nicht transmittiert werden. Eine alternative Obligation trägt also noch keine Bedingung in sich; der Trödelvertrag ist mithin an und für sich ein unbedingtes Geschäft, im Gegensatze zu dem stets bedingten Probekauf[4]).

---

[1]) Dernburg, Bd. II, S. 77 A. 4.

[2]) S. Anmerk. 1.

[3]) Bd. II, § 355, Ziff. 3 u. A. 3.

[4]) Damit widerlegt sich auch die Ansicht Friederich's, S. 25, welcher in dem Trödelvertrage einen bedingten Kauf und ein bedingtes Leihe ähnliches Geschäft erblickt, veranlasst durch Gaius, 3, 146 und einen wohl im Anschlusse an diese Stelle von Ihering gebildeten Rechtsfall. Bei Gaius hängt es ex accidentibus ab, welche

Auch haben Kauf mit pactum de retroemendo und Trödelvertrag eine gewisse Ähnlichkeit; bei beiden kann der Empfänger die hingegebene Sache zurückerstatten.

Chambon (S. 96fg.) stellt zwischen beiden Verträgen einen formellen und einen materiellen Unterschied auf. Zunächst werde beim Trödelvertrag nur ein einziges, beim Kauf mit pactum de retroemendo dagegen zwei Übereinkommen getroffen. Dagegen wendet sich Reinhold[1]) mit der Behauptung, die pacta de retroemendo und retrovendendo seien weder Nebenverträge, noch überhaupt Verträge; sie stellen nach ihm mit dem jeweiligen Kaufgeschäfte nur einen Vertrag dar, allerdings einen bedingten, und das, was man pacta nenne, sei in Wirklichkeit weiter nichts, als die Bedingung eines Kaufvertrages. Statt den Beweis hierfür zu versuchen, verbreitet er sich über das Wesen der Bedingung, ohne also vorher deren Vorhandensein bei einem Kauf mit pactum de retroemendo nachgewiesen zu haben. Dass aber in Wahrheit Kauf mit pactum de retroemendo und bedingter Kauf zwei ganz verschiedene Rechtsgeschäfte sind, liegt auf der Hand und bedarf keines Beweises.

Der von Chambon angeführte materielle Unterschied gefällt Reinhold ebenfalls nicht[2]). Im Falle eines mit pactum de retroemendo abgeschlossenen Kaufvertrages liegt nach ersterem sofort ein Kauf vor, während bei dem contractus aestimatorius sich das Rechtsgeschäft erst nachträglich in einen solchen verwandeln kann. Reinhold wiederholt hier seine bereits erwähnte Ansicht, vendendum dare und vendere komme

---

Leistung geschuldet wird, und da hat der Jurist, welcher sich übrigens sehr vorsichtig ausdrückt — *tamquam* sub conditione facta — Recht, von einer Bedingung zu reden, hier aber handelt es sich um eine Wahl, und das ist nach römischer Auffassung, wie oben gezeigt, ein gewaltiger Unterschied. Hiervon abgesehen würde sich das eine Stück des Trödelvertrages, die Hingabe mit nachfolgender Rückgabe, viel eher als mit dem Kommodat, mit dem fr. 20 19, 5 besprochenen Geschäfte vergleichen lassen, da auch dort Hingabe in beiderseitigem Interesse und zwar zum Zwecke des Verkaufes stattfindet.

[1]) S. 23fg.

[2]) S. 25.

derselbe Sinn zu, ersteres werde nur deswegen in den Quellen gebraucht, weil beim Trödelvertrage gewöhnlich verkauft werde, damit eine weitere Veräusserung stattfinde. Dass sowohl seine Ansicht von der Bedeutung des vendendum dare, als auch die Auffassung Chambon's, welcher in dem Trödelvertrage eine condicionalis venditio erblickt, nicht richtig sein dürften, ist bereits gezeigt worden.

Der eigentliche Unterschied zwischen beiden Verträgen liegt darin, dass im Falle der emtio venditio mit pactum de retroemendo eine einfache Obligation vorhanden ist auf Rückgabe des Preises gegen Rückgabe der Sache; es verpflichtet sich hierzu derjenige, welcher die Sache hingiebt, der Verkäufer, und dieser Verpflichtung steht ein reines Recht des Empfängers, nämlich des Käufers, gegenüber; beim Trödelvertrage dagegen ist eine alternative Obligation vorhanden; ferner ist das dem Trödler zustehende Recht, die Sache zu restituieren, zugleich eine Verpflichtung, wenn auch nur eine alternative.

Der contractus aestimatorius hat nach vorstehender Ausführung eine grosse Ähnlichkeit mit dem Kauf, das was seine Unterordnung unter die emtio venditio hindert, ist die alternative Obligation des Trödlers, welcher nicht von vorneherein einen Kauf beabsichtigt, der sich vielmehr durch die obligatio alternativa die Wahl vorbehält zwischen der Rückgabe der Sache und der Leistung der aestimatio.

Auch mit der Societät zeigt der Trödelvertrag eine gewisse Ähnlichkeit. Der eine macht eine Leistung durch Hingabe seiner Sache, der andere soll eine machen durch seine Bemühungen um den Verkauf derselben, den Gewinn wollen sie teilen, so dass der Hingebende die Ästimationssumme, der Empfänger den Mehrerlös erhält. Dass eine derartige Gewinnverteilung, bei welcher man das commune facere des Gewinnes vermissen könnte, da einer der Kontrahenten sich eine ganz bestimmte Summe ausbedingt, gleichwohl dem Wesen der Societät nicht widerspricht, dafür zeugt die von Ulpian herrührende l. 52 § 7 17, 2:

„inter Flavium Victorem et Vellicum Asianum placuerat, ut locis emtis pecunia Victoris monumenta fierent opera

> et peritia Asiani, quibus distractis pecuniam Victor cum certa quantitate reciperet, superfluum Asianus acciperet, qui operam in societatem contulit; erit pro socio actio".

Victor bekommt eine certa quantitas, das superfluum erhält Asianus, also genau dieselbe Verteilung wie beim Trödelvertrage.

Trotz dieser Ähnlichkeit zwischen contractus aestimatorius und Societät hat man doch auf Grund zweier Digestenstellen beide Verträge auseinander halten zu müssen geglaubt.

Die eine dieser Stellen ist l. 13 pr. 19, 5:

> „si tibi rem vendendam certa pretio dedissem, ut quo pluris vendidisses, tibi haberes, placet neque mandati neque pro socio esse actionem, quia societas non videtur contracta in eo, qui te non admisit socium distractionis, sed sibi certum pretium excepit".

Auf den ersten Blick scheint diese Stelle die Societät deswegen auszuschliessen, weil der Hingebende sich ein pretium certum ausbedungen hat; indes dies kann Ulpian in l. 13 pr. 19, 5 nicht gemeint haben, denn derselbe Ulpian lässt ja, wie wir soeben sahen, im Falle einer derartigen Gewinnverteilung die actio pro socio zu.

Chambon[1]) giebt uns eine andere Erklärung der Stelle. Der wahre Grund, weshalb der Jurist an einen Trödelvertrag und nicht an eine Societät denke, sei der, dass der Hingebende an dem ungünstigen Erfolg nicht teilnehme; das besagen nach Chambon die Worte: „qui certum pretium sibi excepit". Allein einmal verträgt es sich mit dem Wesen der Societät sehr wohl, dass einer der socii jegliches damnum trägt, und insofern würde sie sich demnach vom Trödelvertrage noch nicht unterscheiden, sodann kann man auch genannten Worten, worauf auch Brinz[2]) hinweist, die von Chambon gewollte Bedeutung nicht beilegen.

Brinz[3]) erklärt die Stelle anders. Nach ihm dürfen die Worte „certo pretio" nicht mit „rem vendendam" in Verbin-

[1]) S. 109 fg.
[2]) S. 16.
[3]) S. 16 fg.

dung gesetzt werden, denn mit den Worten „rem certio pretio vendendam“ ständen dann die folgenden „ut quo etc.“ in Widerspruch. „Der Herr giebt certo pretio hin; das certum pretium ist Kaufschilling, und damit stimmen die Schlussworte „sibi certum pretium excepit“ überein. Dieser Erklärung entsprechend giebt Brinz die Stelle mit folgenden Worten wieder: „Eine Societät scheint der nicht abgeschlossen zu haben, welcher Dich nicht zum gemeinschaftlichen Verkaufe aufgefordert, vielmehr an Dich verkauft hat“.

Diese Erklärung halten wir aus dem von Brinz angegebenen Grunde für richtig. Auf den ersten Blick scheint nun aber l. 13. cit. eine grosse Trivialität zu enthalten; was braucht uns der Jurist darüber aufzuklären, dass derjenige, welcher einen Kaufvertrag abschliesst, keine Societät eingeht? Offenbar hat Ulpian einen ganz bestimmten Rechtsfall vor Augen, der einen Zweifel zwischen Societät und Kauf aufkommen lässt.

A übergiebt dem B seine Sache X zum Verkauf; er bedingt sich eine bestimmte Summe aus. Letzteres kann aber sowohl in dem Sinne geschehen, dass A für den Fall eines Gewinnes diese Summe erhalten soll, dann liegt eine Societät vor, oder aber in dem Sinne, dass A die Summe auf alle Fälle bekommen soll und weiter nichts, dann ist das Rechtsgeschäft einfach ein Kauf. Der Jurist entscheidet sich also auf Grund des concreten Thatbestandes, nach welchem die letztere der beiden Möglichkeiten vorliegt, für die Annahme eines Kaufes.

Unger[1]) hat diese Erklärung der Stelle angefochten. Er sieht auf Grund der l. 13 cit. den Unterschied zwischen Trödelvertrag und Societät darin, dass die Societät ein Compagniegeschäft sei und einen gemeinschaftlichen Erlös bezwecke, während dem Trödelvertrag diese Eigenschaft abgehe. Indes, wenn jemand einem anderen eine Sache zur Veräusserung übergiebt, dieser den Weiterverkauf übernimmt, und beide durch diese Vereinigung ihrer Leistungen mit derselben Sache einen Gewinn zu machen suchen, so ist nicht einzusehen, warum darin kein Compagniegeschäft liegen soll[2]).

[1]) Jahrbücher für Dogmatik, Bd. VIII, S. 19, A. 18.

[2]) Ebenso auch Friedrichs, S. 22, ferner Regelsberger, a. a. O.

Unseres Erachtens handelt also l. 13 cit. gar nicht von einem Trödelvertrage; wie Brinz, nach welchem die Stelle zwischen Societät und Kauf unterscheidet, dieselbe doch als von einem Trödelvertrag redend annehmen kann (Seite 16)[1]), möchten wir nicht begreifen, erklärt doch auch er contractus aestimatorius und Kauf als zwei verschiedene Dinge.

Die andere zur Vergleichung des Trödelvertrages mit der Societät herangezogene Stelle ist l. 44 17, 2:

> „si margarita tibi vendenda dedero, ut, si ea decem vendidisses, redderes mihi decem, si pluris, quod excedit, tu haberes: mihi videtur, si animo societatis contrahendae id actum sit, pro socio esse actionem, si minus, praescriptis verbis".

Man hat in dieser lex eine Besprechung des Trödelvertrages finden zu können geglaubt, auf welchen einmal die Worte „vendenda dedero" und die am Ende genannte actio praescriptis verbis hindeuten sollen, auf den andererseits auch die Worte „si ea decem vendidisses", als im Sinne einer aestimatio gebraucht, bezogen werden[2]). Dann würde der ganze Unterschied zwischen beiden Verträgen in dem animus contrahendi liegen. Darin einen Unterschied zwischen zwei Rechtsgeschäften aufzustellen, ist sehr gerechtfertigt, und in der That bildet ja auch, je nach der Absicht der Parteien, derselbe Thatbestand bald eine Societät, bald ein anderes Geschäft. So wird man beispielshalber keine Gesellschaft annehmen dürfen, wenn der Kaufmann seinen Handlungsgehülfen, der Fabrikant seinen Arbeitern einen Anteil am Gewinn zusagt, da die Absicht beider, als Genossen zusammen zu wirken, fehlt.

Indes glauben wir, die Stelle auf unseren contractus aestimatorius nicht beziehen zu dürfen. Wir vermissen einmal einen deutlichen Hinweis auf die aestimatio; in dem blossen „si ea decem vendidisses" eine solche zu finden, dürfte doch

---

[1]) Auch Friedrichs, S. 1, A. 2 u. S. 22 erblickt, freilich ohne nähere Begründung, in der Stelle eine Besprechung des Trödelvertrages; er verzweifelt aber an deren Auslegung.

[2]) So noch neuerdings Friedrichs, S. 22; er verzweifelt an der Vereinigung der Stelle mit fr. 13 cit.

etwas kühn sein; vielmehr möchten wir diese Worte in der Weise auslegen, dass der Empfänger bis zu zehn keinen Gewinn und keinen Schaden haben soll, also in der Weise, dass auch unter zehn verkauft werden kann, eine Auffassung, welche auch Bechmann[1]) zusagt. Sodann würde sich Ulpian doch wohl zur Bezeichnung der alternativen Verpflichtung mit einem blossen „si“ nicht begnügt haben, stand ihm doch ein viel stärkeres „aut-aut“ zur Verfügung. Was aber das vendendum dare anbetrifft, in welchem manche immer ein untrügliches Zeichen dafür finden zu können glauben, dass vom Trödelvertrage gesprochen wird, so steht einer solchen Auffassung gerade diese Stelle selbst entgegen[2]). Denn der Ausdruck „vendendum dare“ wird hier ja für zwei verschiedene Contracte gebraucht, er ist mithin nicht eine nur für den Trödelvertrag geläufige Bezeichnung.

Unseres Erachtens hat die Stelle folgenden Sinn: Ich übergebe jemanden eine Sache zum Verkauf und füge hinzu: „Bis zu 10 hast Du keinen Profit und keinen Schaden, bringst Du weniger, so hast Du Dich zu verantworten, bekommst Du mehr, so ist es Dein Vorteil. Hier liegt ein Handel auf Gewinn und Verlust vor, und es ist der animus societatis coeundae vorhanden“[3]). Dieser animus ist nur dann ausgeschlossen, wenn der Empfänger der Sache wie ein Lohnarbeiter thätig wird[4]). Das Geschäft, welches dann zwischen dem Empfänger und dem die Sache Leistenden zu stande kommt, ist weder ein Mandat, weil dem Empfänger eine Aussicht auf Gewinn eröffnet wird, noch eine locatio conductio, weil der zugesagten Vergütung jede Bestimmtheit fehlt; es ist ein Innominatcontract, der sich aber vom Trödelvertrage durch die Verpflichtung zum Handeln, das Fehlen der aestimatio und der alternativen Verpflichtung unterscheidet.

Der wahre Unterschied zwischen dem Trödelvertrage und der Societät liegt nicht in dem animus contrahendi, son-

---

[1]) S. 413, A 4.
[2]) Vergleiche A. 19.
[3]) Bechmann, S. 413, A. 4.
[4]) Vergl. Dernburg, Bd. II, S. 322fg.

dern in der Natur der obligatio; beim contractus aestimatorius wird durch Hingabe der Sache eine alternative Verpflichtung des Empfängers begründet, bei der societas eine einfache; letztere geht auf eine Thätigkeit des Empfängers; er muss sich um den Verkauf bemühen; der Trödler hingegen ist nur verpflichtet zur Restitution der Sache oder Leistung der Ästimationssumme; er darf sich um den Verkauf bemühen, aber er muss es nicht.

Wir haben nunmehr den Trödelvertrag mit den ihm verwandten Rechtsgeschäften verglichen und uns überzeugt, dass er zwar mit allen vier Consensualcontracten eine grosse Verwandschaft zeigt, sich aber keinem von ihnen unterordnen lässt. Das Charakteristische des Vertrages ist darin zu suchen, dass er ein Geschäft mit alternativem Verlauf ist; aus dieser Eigenschaft lassen sich seine sämtlichen Abweichungen von Kauf, Miete, Societät und Mandat erklären[1]). Was unseres Erachtens noch besonders hervorgehoben zu werden verdient, ist die auffallende Erscheinung, dass bei diesem Rechtsgeschäfte derjenige, welcher seine Sache um eine bestimmte Summe los zu werden hofft, den, welcher ihm zu diesem Zwecke behülflich sein soll, zu einer Thätigkeit nicht verpflichtet. Indes hat eine derartige Vertragsberedung gleichwohl einen guten Sinn, liegt ja doch in dem Rechte auf einen etwaigen Mehrerlös für den Empfänger ein genügender Stachel zu einer, auf das Losschlagen der Sache gerichteten Thätigkeit.

Da unser Vertrag mit allen vier Consensualcontracten eine grosse Verwandtschaft zeigt, möchte es als eine müssige Frage erscheinen, ob er zu den Consensual- oder Realverträgen

---

[1]) Im Gegensatze zu der gewöhnlichen alternativen Obligation, bei welcher sämtliche in Frage stehenden Leistungen auf demselben Rechtsgrunde beruhen, liegt hier, wie Friedrichs, S. 23fg. zutreffend bemerkt, eine Combination zweier Verträge vor, d. h. eine alternative causa. Das römische Contractssystem zerfällt also mit Rücksicht auf die causa in drei verschiedene Gruppen: Geschäfte mit einfacher causa, z. B. Kauf, legatum alternativum, Geschäfte mit einer primären und einer secundären causa, z. B. donatio sub modo, und Geschäfte mit einer alternativen causa, z. B. Trödelvertrag.

zu rechnen sei. Indes deuten auf das re contrahere einmal die Worte „cum res aestimata vendenda datur“ hin, und ferner wird auch die actio aestimatoria eine actio praescriptis verbis genannt, worin ebenfalls ein Hinweis auf einen Realcontract liegt.

Dementsprechend nimmt denn auch die gemeinrechtliche Doktrin übereinstimmend an, dass der Vertrag bei den Römern ein Innominatrealcontract war, und selbst Lipp, welcher in seinem „Beitrag zur Lehre vom Trödelcontract“ den Beweis zu erbringen sucht, dass die actio aestimatoria eine actio praescriptis verbis nicht sein könne, pflichtet dieser Ansicht bei, indem er hinsichtlich dieser Frage auf Chambon und Brinz hinweist[1]), welche beide für die Zeit des römischen Rechtes einen Innominatrealcontract annehmen[2]).

Ob aber der contractus aestimatorius auch heute noch ein Realvertrag sei oder vielmehr der consensus zur Perfektion desselben genüge, darüber herrscht grosse Meinungsverschiedenheit. Der Grund dieses Streites ist der, dass man sich nicht in der Frage einigen kann, ob es überhaupt noch Realverträge giebt, oder nur noch Consensualcontracte. Wir müssen daher, wofern wir die juristische Natur unseres Vertrages in dieser Richtung feststellen wollen, etwas weiter ausholen.

Die Beantwortung der Frage, ob es heute noch Realcontracte giebt, richtet sich nach der Bedeutung, welche man der res für den römischen Realvertrag beilegt.

Nach einer sehr verbreiteten Auffassung war sie ein Mittel zur Klageerzeugung.

Zur Begründung einer klagbaren Obligation genügte nach dieser Theorie das nudum pactum, die einfache Vertragsberedung, nicht, man verlangte vielmehr eine bestimmte Form, von der man nur in vier besonderen Fällen, bei Kauf, Miete, Societät und Mandat absah. Wo nun nicht verba oder litterae dem Rechtsgeschäfte den formalen Charakter verliehen, musste dies „re“ geschehen, durch Sachleistung; erst hierdurch wurde eine klagbare Obligation ins Leben gerufen. Da nun

[1]) S. 10.

[2]) Chambon, S. 34, Brinz, S. 19.

das heutige Recht einen Formalact zur Erzeugung einer klagbaren Obligation nicht kennt, giebt es nach dieser Ansicht nur noch Consensualcontracte, und dementsprechend ist auch der Trödelvertrag für heute als ein solcher anzusehen.

Diese Bedeutung der res beizulegen, ist man, wie Brinz[1]) und Eisele[2]) nachgewiesen haben, nicht berechtigt. Einmal ist es nicht richtig, in der res, der Sachhingabe, eine Form zu erblicken, sind doch gerade die wichtigsten Realcontracte, die benannten, dem ius gentium entstammende Geschäfte. Sodann wäre auch nicht einzusehen, weshalb nicht ebenso gut wie durch das dare, durch das facere eine klagbare Verpflichtung hätte entstehen können.

Brinz sieht denn auch in der res kein klagerzeugendes Accessorium zu dem nudum pactum; er legt vielmehr der res eine principale Bedeutung bei[3]). Das Geben ist nach ihm der eigentliche Zweck des ganzen Geschäftes, nicht die Verpflichtung zur Rückgabe der res. Zu dieser datio trete nun aber die obligatio als ein modus derselben hinzu; der Geber leiste die Sache, aber nicht unbeschränkt, sondern unter der Auflage einer Gegenleistung oder der Rückgabe. Dass die Römer sich der obligatio bedient hätten, um Geben und Nehmen zu modificieren, dafür habe man an Schenkungen und testamentarischen Verfügungen ein Beispiel, aber auch für die Innominatcontracte sei in unseren Quellen ein Hinweis auf eine solche Auffassung von dem Wesen der res vorhanden. Auch bei diesen werde, genau so wie bei donatio und legatum, eine condictio causa data auf Rückforderung des Geleisteten gegeben, und eine actio praescriptis verbis auf Erfüllung; ferner lasse sich das für die Bezeichnung des modus bei Schenkungen geläufige „ita—ut“ auch aus dem Schema der Innominatrealcontracte herauslesen, durch eine Wiedergabe des „ut“ in der Formel „do ut des“ in dem Sinne von „unter der Auflage, dass“.

---

[1]) S. 27.
[2]) Zeitschrift für schweizerisches Recht, Bd. XXV, S. 9.
[3]) S. 28fg.

Von diesem Gesichtspunkte aus, dass also Realcontracte solche Rechtsgeschäfte sind, bei welchen die datio durch eine hinzutretende obligatio eine Einschränkung erleide, glaubt Brinz dieselben im vollen Umfange des römischen Rechtes beibehalten zu dürfen. Er teilt die Verträge in Real- und obligatorische Verträge ein, zwischen welche er noch gemischte einschiebt. Zu den letzteren soll auch der Trödelvertrag gehören.

Diese Ansicht hat Unger[1]) zum teil angenommen, zum teil modificiert. Auch er sieht die Grundlage des ganzen Vertrages in der res; zu ihr trete das Versprechen hinzu, nicht die res zu dem Versprechen; aber in der Auffassung der obligatio als eines modus der datio weicht er insofern von Brinz ab, als er einen solchen nur bei freigebigen Zuwendungen kennt. Demnach glaubt er denn auch die Frage nach der Bedeutung der res bei den Realcontracten nicht einheitlich beantworten zu dürfen. Er unterscheidet vielmehr zwei Klassen von Fällen. In die eine Klasse rechnet er diejenigen Kontracte, bei welchen das Geben und Nehmen in obligatorischer Absicht lediglich den Vorteil des Empfängers bezweckt; bei diesen ist ihm die obligatio ein modus der datio; „die Verpflichtung erweist sich als eine mit der Gabe verbundene Last, als eine mit dem Vorteil verknüpfte Beschwerung". Diese Verträge erklärt er noch für das heutige Recht als Realcontracte. In die andere Klasse rechnet er alle anderen Realverträge des römischen Rechtes, und legt bei diesen der res die Bedeutung eines Mittels zur Erzeugung einer klagbaren Obligation bei. Dieselben sind seiner Ansicht nach heute alle zu Consensualcontracten geworden. Da nun beim Trödelvertrage die datio zum Zwecke eines gemeinschaftlichen Vorteiles stattfinde, nicht ausschliesslich im Interesse des Empfängers erfolge, gehöre er zu der zweiten Klasse, und man müsse ihn für das heutige Recht als ein Consensualcontract erklären.

Dass die Römer die res niemals in dem Sinne forderten, damit durch sie dem sonst formlosen Geschäfte die Klagbar-

---

[1]) S. 9fg.

keit verliehen werde, haben wir bereits oben, im Anschlusse an Brinz und Eisele, darzulegen versucht; was aber die Auffassung der obligatio als eines modus der datio bei Realcontracten anlangt, so ist die Unrichtigkeit dieser Anschauung unseres Erachtens von Eisele vollständig klar gelegt worden. Dieser weist darauf hin[1], dass die obligatio bei Schenkungen und Vermächtnissen und diejenige bei Realcontracten denn doch zwei ganz verschiedene Dinge seien. Bei ersteren handelt es sich, wie Eisele ausführt, um Rechtsgeschäfte, welche in sich fertig sind, und zu denen der modus als eine blosse Nebenbestimmung hinzutritt, ohne den juristischen Charakter des Geschäftes irgend wie zu verändern, während die obligatio bei den Innominatcontracten der an sich charakterlosen traditio den juristischen Charakter erst verleiht. Zudem handelt es sich bei Schenkung und Vermächtnis um eine definitive Zuwendung und diese Bestimmtheit wird durch das Hinzutreten eines modus nicht alteriert, während der von Brinz und Unger aufgestellte modus gerade deswegen in das Rechtsgeschäft aufgenommen wird, damit er — sofern es sich nicht um einen Austausch handelt — eine dereinstige Rückgängigmachung der stattgehabten Vermögenszuwendung sichere.

Die Ansichten von Brinz und Unger über die Bedeutung der res sind demnach nicht haltbar, wohl aber dürfte Eisele das Richtige getroffen haben. Er geht von dem ohne Vorvertrag abgeschlossenen Realcontracte aus und weist nach, dass bei diesem obligatio und res Elemente eines einheitlichen Geschäftes bilden, die zu einander in dem Verhältnis von Zweck und Mittel stehen; Zweck ist — wenigstens in juristischem Sinne — die obligatio, die res das Mittel. Ist nun von den Parteien ein Vorvertrag nicht geschlossen worden, so lässt sich der Zweck des Rechtsgeschäftes, die obligatio, in allen Fällen durch das Mittel der datio erreichen, und in diesem Sinne können auch die Consensualcontracte „re“ contrahiert werden; bei manchen Rechtsgeschäften aber lässt sich die obligatio nur durch datio herstellen und zwar wegen der specifischen Natur der Verpflichtung, da dieselbe in der Rück-

[1]) S. 12fg.

gabe des Hingegebenen besteht; eine solche aber kann ohne Hingabe nicht gedacht werden. Demnach müssen mit Eisele zwei Klassen von Realcontracten unterschieden werden; solche, welche es von Rechtswegen sind, und solche, welchen diese Eigenschaft nur kraft Parteiwillens zukommt. Beide Arten aber werden wir noch im vollen Umfange für das heutige Recht anerkennen müssen; die necessitas für das re contrahere besteht bei den ersteren noch so gut wie früher, und die Parteien können auch heute noch statt „consensu" eine rechtliche Bindung „re" hervorrufen.

Wenden wir das Gesagte auf den Trödelcontract an, so werden wir ihn, immer noch vorausgesetzt, dass ein Vorvertrag nicht vorangegangen ist, auch für das heutige Recht als einen Realvertrag ansehen müssen und zwar als einen solchen, welcher es necessitate ist; die obligatio kann auch hier nur durch datio begründet werden, geht sie doch, wenn auch nur alternativ, auf Rückgabe der Sache.

Es fragt sich nun noch, ob wir, wenn der Hingabe einer Sache zum vertrödeln ein Vorvertrag vorausgegangen ist, dieses pactum mit dem eigentlichen Trödelvertrag, der Hingabe der res, verschmelzen sollen, so dass wir dann einen Consensualcontract erhielten.

Diese Verschmelzung geht, wie Eisele[1]) ausführt, nicht an. Denn die pacta de contrahendo sind ihrer juristischen Natur nach lediglich Sicherungsgeschäfte; die durch sie erzeugte Verpflichtung geht auf ein contrahere; dieser Sinn der pacta de contrahendo aber macht eine Zusammenziehung unmöglich.

Wir werden also auch dann, wenn dem Trödelvertrage ein pactum de contrahendo vorausgeht, immer noch von einem Realcontracte reden dürfen.

Man streitet nun aber sehr darüber, ob der Trödelvertrag zu denjenigen Realcontracten zu rechnen sei, durch welche Eigentum übertragen wird, oder zu denjenigen, welche den Empfänger zu einen blossen Detentor machen.

[1]) S. 24.

Mehrfach nimmt man einen Eigentumsübergang wegen der alternativen Verpflichtung des Trödlers an[1]). Diese Alternativität mache eine Vindikation der hingegebenen Sache unmöglich, die Unzulässigkeit der Vindikation aber lasse auf einen Eigentumsübergang schliessen.

Dieser Schluss ist natürlich, wie auch Chambon hervorhebt[2]), ein völlig ungerechtfertigter; auch in vielen anderen Fällen, in welchen eine Sachübertragung stattfindet, ist die rei vindicatio ausgeschlossen, ohne dass deswegen auf den Empfänger Eigentum übergegangen wäre; wir brauchen nur an das utendum und pignori dare zu erinnern.

Ebenso wenig darf man unseres Erachtens aus einer Haftung des Trödlers für casus, wie sie von vielen behauptet wird[3]), einen Schluss auf einen Eigentumsübergang ziehen. Im allgemeinen ist es ja richtig, dass derjenige, welchem das Eigentum an einer Sache zusteht, auch das periculum rei tragen muss, allein das Sprichwort „casum sentit dominus" erleidet doch erhebliche Ausnahmen. „Res perit ei, cui debetur" heisst es für den Kauf einer species; der Käufer haftet vor der Tradition für die ihm zu übergebende Sache schon so gut, als wenn er Eigentümer wäre. Andererseits steht der Ehemann, welcher doch an den Dotalsachen Eigentum erwirbt, in allen denjenigen Fällen, in welchen dieselben ohne aestimatio venditionis causa übergeben worden sind, für den sie treffenden casus nicht ein: „quoties igitur non aestimatae res in dotem dantur et meliores et deteriores mulieri fiunt. (l. 10 pr. 23, 3)".

Auch wegen der dem Trödler hinsichtlich der Sache zustehenden Befugnisse hat man auf einen Eigentumsübergang geschlossen. Das Recht, die Sache zu verkaufen, sie zu verpfänden, sie zu verschenken oder selber zu behalten, sei dem Trödler gegeben, und das weise doch mit Bestimmtheit auf eine Übertragung des dominium hin[4]).

[1]) So schon Köchy, S. 171.
[2]) S. 71.
[3]) So schon Köchy, S. 171fg.
[4]) Vergl. schon Köchy, S. 182fg.

Diese Argumentation ist natürlich ebenfalls nicht richtig. Die Entscheidung des Empfängers, die Sache zu behalten, ist beim Trödelvertrage nichts anderes als das Accept einer unserem Vertrage immanenten Verkaufsofferte an den Trödler; verpfändet er die Sache oder verschenkt er dieselbe, so erklärt er gerade durch eine solche conkludente Handlung, dass er den ihm offerierten Kauf annehmen will oder vielmehr angenommen hat[1]); verkauft er aber die Sache, dann kann er eben so gut wie der Mandatar Eigentum übertragen, und zwar auf Grund eines durch die Hingabe der res vendenda erklärten Consenses des bisherigen Eigentümers.

Ebenso wenig lassen unseres Erachtens die Quellen auf einen Eigentumsübergang schliessen.

Entgegengesetzter Ansicht ist Wendt[2]). Er geht davon aus, dass contractus aestimatorius und dos venditionis causa aestimata eine grosse Ähnlichkeit zeigen; bei letzterer werde nun aber in unseren Quellen wie von einem Kaufe gesprochen. Allerdings handle es sich dabei nur um einen Vergleich, aber auch zu diesem sei man nur gekommen, weil es sich, wie beim Kauf, so auch bei der dos um einen Übergang des Eigentumes handle. Wenn nun fr. 1 de aestimatoria mit den Worten „utrum ex vendito sit actio propter aestimationem“ den Fall der Hingabe einer res aestimata vendenda mit dem Kaufe vergleiche, so wolle zwar in der Stelle nur auf die Ähnlichkeit zwischen Trödelvertrag und Kauf hingewiesen werden, indem vendere und vendendum dare immer noch zwei ganz verschiedene Dinge seien, aber der Anlass zu einem solchen Vergleich sei doch darin zu suchen, dass bei beiden Verträgen ein Eigentumsübergang stattfinde.

Wir glauben den Grund des Vergleiches beider Verträge miteinander in einem ganz anderen Punkte suchen zu müssen; er ist ein viel stärkerer, als derjenige, welcher zu einer Vergleichung der dos mit der emtio venditio geführt hat. Trödelvertrag und Kauf haben beide die kaufrechtliche Absicht ge-

[1]) Siehe oben A. 19.

[2]) Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XXII, S. 39fg.

meinsam; wie bei der emtio der Hingebende, so will auch bei dem contractus aestimatorius derjenige, welcher vendendum dat, an den Empfänger verkaufen, wenn auch diese Absicht nur alternativ vorhanden ist. Der Trödelvertrag ist also ein Contract, welcher die kaufrechtliche Offerte in sich trägt, während ihm das Accept mangelt.

Einen weiteren Beweis für den Eigentumsübergang sieht Wendt in fr. 5 § 18 de tributoria actione 14, 4[1]), eine Stelle, welche auch Windscheid[2]), Leist[3]), Bekker[4]) und Bechmann[5]) auf den Trödelvertrag beziehen. Dieselbe lautet:

> „sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, videamus ne iniquum sit, in tributum me vocari; et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit; enimvero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero, nisi aere soluto vel fideiussore dato vel alias satisfacto, dicendum est, vindicare me posse".

Wir glauben nicht, dass die Stelle vom Trödelvertrag handelt und zwar auf Grund folgender Erwägungen.

Die tributio, von welcher hier die Rede ist, findet natürlich nur dann statt, wenn der Sohn an der Sache Eigentum erlangt hat; dieses aber ist nach der Stelle dann übergegangen „si res in creditum abiit". Die Bedeutung dieses letzteren Ausdruckes ist nicht schwer zu erkennen; „res in creditum abiit" heisst: es hat eine Creditierung stattgefunden. Dies ergiebt sich aus der grammatikalischen Stammverwandschaft zwischen credere und creditum, sowie aus dem ganzen Inhalte des Fragmentes; denn mag man über denselben denken wie man will, so viel steht jedenfalls fest, dass wir es hier zum mindesten mit einem kaufähnlichen Geschäfte zu thun haben. Dann aber darf man auch der hier erwähnten Creditierung keine

---

[1]) S. 139.
[2]) § 383, Anmerk. 12.
[3]) Mancipation u. Eigentumstradition, § 52.
[4]) Kritische Vierteljahresschrift, Bd. IX, S. 257.
[5]) S. 412, A. 3.

andere Bedeutung beilegen als beim Kauf, d. h. sie ist eine Zusage der Stundung des pretium, kraft deren die actio für bestimmte Zeit ausgeschlossen erscheint. Eine anderweitige Auslegung des Creditierens beim Kauf und kaufähnlichen Geschäften wird durch keine Äusserung der Quellen unterstützt, weshalb wir auch nicht anstehen, die von Wendt aufgestellte Behauptung[1]), die Creditierung im Falle unserer lex bestehe in der Einräumung des Wahlrechtes zwischen aestimatio und res ipsa incorrupta in Übereinstimmung mit Chambon[2]), als eine völlig unbegründete zu verwerfen. Wenn nun aber credere bezw. in creditum abire in seiner ursprünglichen, auch beim Kauf üblichen Bedeutung hier vorkommt, so muss mit vendendum dare ein anderes Geschäft gemeint sein als der contractus aestimatorius. Wie sollten wir uns einen solchen Credit neben dem Wahlrechte des Trödlers vorstellen? Etwa in der Art, dass der Trödler, nachdem er in billiger Frist die Wahl getroffen und sich für die aestimatio entschieden, noch einige Zeit mit der Leistung derselben in Rückstand bleiben dürfe? Dann hätten wir eine alternative Obligation, bei welcher das Wahlrecht des Schuldners durch blosse *Willenserklärung* ausgeübt würde, gewiss eine auffallende Erscheinung, da ja gemeiniglich die Römer das ius deliberandi erst durch *Leistung* untergehen lassen, und selbst schon teilweise geschehene solutio dem Wahlrecht noch keinen Eintrag thut. Wenn wir überhaupt an eine beim Trödelvertrage vernünftiger Weise vorkommende Frist denken wollen, so ist es eine solche für die Ausübung des Wahlrechtes, wie sie in verschiedene moderne Partikularrechte aufgenommen worden ist, und mit welcher jedenfalls den beiderseitigen Parteiinteressen in den meisten Fällen besser gedient wäre, als mit einer blossen Creditierung. Zum mindestens also dürften wir nicht fehlgehen, die Creditierung beim Trödelvertrag als eine grosse Seltenheit zu bezeichnen.

Wenn nun Ulpian den in der fraglichen lex behandelten Contract in zwei getrennte Gruppen sondert — Geschäft mit

[1]) S. 396.
[2]) S. 80.

und Geschäft ohne Credit, — so ist es doch sehr unwahrscheinlich, dass er der Regel die verschwindende Ausnahme so präcis gegenüber stellen wollte, also den Trödelvertrag im Auge hatte.

Auch ist weder von einer aestimatio die Rede, noch von einer alternativen Verpflichtung; es kann daher nur das vendendum dare zur Benutzung dieses Fragmentes für den contractus aestimatorius veranlasst haben. Dass indes vendendum dare in den verschiedensten Bedeutungen vorkommen kann, haben wir bereits bei Besprechung der l. 44 pro socio gesehen. Auch Chambon[1]) verwehrt sich dagegen, in denjenigen Stellen, in welchen lediglich von einer Hingabe zum Verkaufe die Rede ist, einen Trödelvertrag behandelt zu sehen, und sowohl er, wie Brinz, lassen die Stelle ganz ausser Betracht; selbst Leist, welcher sie benutzt, giebt uns zu, dass man einen sicheren Anhalt dafür, dass sie von einem contractus aestimatorius rede, nicht habe[2]), Wolff verwirft sie ausdrücklich[3]) und ebenso in neuester Zeit auch Friedrichs[4])[5])[6]).

[1]) Vergl S. 85.

[2]) S. 253.

[3]) Archiv für praktische Rechtswissenschaft, H. N. F., Bd. 2, S. 339 A. 1.

[4]) S. 1 A. 2.

[5]) Letzterer allerdings auf Grund falscher Schlussfolgerung. Nach der Stelle geht Eigentum im Falle des Creditierens über, andernfalls nicht. Er muss demnach, meint Friedrichs, ein anderes Geschäft als der Trödelvertrag gemeint sein. Denn entweder sei es richtig, dass bei letzterem Eigentum übergehe und dann vollziehe sich dieser Übergang unabhängig von der Creditierung, oder aber es gehe beim contractus aestimatorius kein Eigentum über, dann könne selbst durch die Creditierung vor dem Perfektwerden des in dem Trödelvertrage enthaltenen bedingten Kaufes eine Eigentumsveränderung nicht bewirkt werden. Diese Behauptung ist offenbar eine petitio principii. Warum soll denn der Eigentumsübergang nicht von dem credere abhängig gemacht werden können? Die Rechtsordnung vermag ja doch den Eintritt einer Rechtsveränderung an jede beliebige Thatsache zu knüpfen.

[6]) Für unsere Betrachtung genügt diese negative Feststellung; der wahre Sinn des Fragments ist dunkel.

Ferner beruft sich Wendt[1]) auf l. 26 pr. 19, 5:

„si tibi scyphos dedi, ut eosdem mihi redderes, commodati actio est; si ut pondus argenti redderes quantum in illis esset, tantidem ponderis petitio est per actionem praescriptis verbis, tam boni tamen argenti quam illi scyphi fuerunt; sed si ut hos scyphos vel ut eiusdem ponderis argentum dares, convenit, dicendum est, siquidem tua est electio, scyphos statim tuos fieri et te mihi dare aut scyphos aut argentum, utrum malis; quod si mihi permissum est elegere, scyphi tui non fient antequam dixero me eos habere nolle".

In dieser Stelle glaubt Wendt eine Bestätigung seiner obigen Behauptung finden zu können, dass die Einräumung des Wahlrechtes im Falle einer alternativen Obligation ein in creditum abire enthalte, also immer einen Eigentumsübergang zur Folge habe. Indes ist auch dieses Fragment nicht beweisend, denn gerade die uns interessierenden Worte, welche mit dem Satze „si quidem tua est electio" beginnen, finden sich in den Handschriften nicht, sondern sind auf Grund der Basiliken angefügt worden; es bleibt mithin immer noch zweifelhaft, wie der Jurist geschrieben hat[2]). Auch Windscheid verharrt (§ 383 A. 12) trotz seines Hinweises auf diese von Mommsen vorgenommene Ergänzung der Stelle auf seiner Behauptung, dass ein sofortiger Eigentumsübergang in dubio nicht anzunehmen sei.

Im Gegensatze zu denen, welche den Trödler sofort Eigentümer werden lassen, nimmt Leist[3]) einen Schwebezustand an.

Er geht davon aus, dass in denjenigen Fällen, in welchen Jemand seine Sache verkaufe, das Eigentum vor erfolgter Regulierung der Preiszahlungsfrage nicht übergehe. Nun sei

---

[1]) S. 396.

[2]) Man beachte, dass die beiden ersten Sätze der Stelle von einer actio reden, die nachfolgenden, angefügten dagegen nicht, sondern nur den durch den Vertrag hervorgerufenen Rechtszustand betrachten, was bei der durch „sed" hergestellten Verbindung der beiden Teile des Fragmentes auffallen muss.

[3]) S. 249 fg.

zwar der Trödelvertrag kein Kauf und die vom Trödler gewählte Ästimationsleistung vermöge auch aus ihm keinen mehr zu machen, indes könne der contractus aestimatorius unter Umständen wie eine emtio venditio wirken, nämlich dann, wenn der Trödler sich für die Ästimationsleistung entscheide. Dann aber müssen auch die Verkaufsregeln zur Anwendung kommen, und Eigentum könne mithin nur übergehen, wenn entweder die Zahlung der Schätzungssumme wirklich erfolgt sei, oder eine Preiscreditierung stattgefunden habe.

Auf Grund dieser Ausführungen glaubt er die Frage nach dem Eigentumsübergang folgendermassen beantworten zu müssen. Abgesehen von den Fällen eines „irregulären Trödelcontractes", in welchen es sich nicht um Restitution der res ipsa incorrupta, sondern um Leistung von tantundem in genere handle, und bei denen er sofortigen Eigentumsübergang annimmt, sei stets ein Schwebezustand vorhanden; wähle der Trödler die Ästimationsleistung, dann enthalte unser Contract das Element des Verkaufes und er werde nach dessen Regeln beurteilt. Sei demnach die Schätzungssumme creditiert gewesen, so entscheide die blosse Willensbestimmung des Trödlers, die Ästimation leisten zu wollen, den Eigentumsübergang, und zwar mit rückwirkender Kraft; sei jedoch die Schätzungssumme nicht creditiert gewesen, dann erlange er durch Zahlung derselben das Eigentum, und zwar ebenfalls wieder mit rückwirkender Kraft. Wähle dagegen der Trödler die Rückgabe der Sache, so enthalte der contractus aestimatorius lediglich das Element der äusserlichen Sachanvertrauung.

Dieses Resultat ist unseres Erachtens ebenfalls wenig zufriedenstellend[1]). Die Contrahenten wollen doch sichere Rechtsverhältnisse; der, welcher vendendum dat, will Gewissheit darüber haben, ob er noch Eigentümer bleibt, und ebenso auch der Trödler, ob er dominus geworden ist oder blos Detentor. Der Trödelvertrag und der ihm nachfolgende Kauf, sei es nun des Trödlers selbst, sei eines beliebigen Dritten, sind zwei verschiedene Rechtsgeschäfte, welche man nicht

[1]) Über die Creditierung beim Trödelvertrage s. oben.

verbinden darf, um eine Entscheidung dafür zu erhalten, wann und ob überhaupt bei dem ersteren Eigentum übergeht. Bei beiden Contracten muss die Frage nach dem Eigentumsübergang selbständig normiert sein, so gut wie bei einem Mandat zum Verkauf und dem Kaufvertrage, welcher auf Grund des Mandates abgeschlossen wird.

Brinz[1]), welcher in den Quellen keine Entscheidung für die Beantwortung unserer Frage findet, zieht aus dem Schweigen derselben den Schluss, es hinge lediglich von der jeweiligen Parteiabsicht ab, ob Eigentumsübergang stattfinde oder nicht; derselben Ansicht, wenigstens für das heutige Recht, ist auch Bekker[2]).

Auch wir glauben im Anschlusse an Brinz[3]), Wendt[4]) und Bekker[5]) und im Gegensatze zu Leist[6]), dass die Parteien beliebig darüber bestimmen können, ob Eigenthum übergehen soll oder nicht; es verhält sich beim Trödelvertrage nicht anders als beim Depositum, Mandat und allen anderen Rechtsgeschäften; aber dieses blosse Können genügt uns nicht; was haben wir anzunehmen, wenn die Parteien keine Vereinbarung getroffen haben? Kurz, wir verlangen für unseren Trödelvertrag eine dispositive Rechtsnorm, welche in dubio gilt.

Unserer Ansicht nach geht im Zweifel das Eigentum auf den Trödler nicht über.

Zwar glauben wir dieses nicht mit Glück[7]) aus der alternativen Verpflichtung folgern zu dürfen; denn, wenn es auch wegen dieser ungewiss bleibt, ob der Trödler die Sache zurückgeben oder den Wert dafür entrichten wird, so könnten wir uns diese Ungewissheit doch noch gerade so gut dann denken, wenn der Trödler Eigentümer geworden wäre.

---

[1]) S. 36.
[2]) S. 258.
[3]) S. 36.
[4]) S. 394.
[5]) S. 257.
[6]) § 49—52.
[7]) Ausführliche Erläuterung der Pandecten, Bd. XIX, 8. Teil, S. 69.

Auch hat die Ansicht Chambon's[1]), welcher einen sofortigen Eigentumsübergang nur dann annimmt, wenn der Verkäufer den Kaufpreis oder eine anderweitige Sicherheitsleistung angenommen habe, deswegen keinen Anspruch auf Richtigkeit, weil sie auf jener Lehre von einer condicionalis venditio fusst, deren Haltlosigkeit wir im Anschlusse an Brinz nachzuweisen versuchten.

Wohl aber spricht dafür, dass der Trödler nicht Eigentümer wird, der Umstand, dass ihm die Sache nur „vendenda" gegeben ist; auch Dernburg[2]) glaubt in dieser Bezeichnung einen Anhaltspunkt für die Beantwortung unserer Frage finden zu müssen.

Ferner ist auch gar kein Bedürfnis für einen Eigentumsübergang vorhanden, da der Verkauf der Sache sich in allen Fällen auch dann erreichen lässt, wenn der Empfänger nur Detentor wird. Wie der Mandatar an der ihm zum Verkauf übergebenen Sache kein Recht erwirbt, so werden wir auch den Trödler nur zu einem Detentor werden lassen, welcher zum Verkaufe auf Grund des Trödelvertrages als ermächtigt gilt. Natürlich wird er dann Eigentümer, wenn er in die unserem Vertrage immanente Verkaufsofferte einwilligt, aber nicht auf Grund des Trödelvertrages, sondern eines dem Abschlusse desselben nachgefolgten Kaufes[3]).

Das Ergebnis unserer Untersuchung ist demnach folgendes. Der Trödelvertrag ist ein eigenartiger Contract, welcher den vier Consensualverträgen sehr nahe steht, sich aber unter keinen von ihnen unterordnen lässt, weil er sich als ein Geschäft mit alternativem Verlaufe charakterisiert. Er war bei den Römern ein Innominatrealcontract und ist auch für das heutige Recht als ein Realvertrag anzusehen, und zwar

---

[1]) S. 75 fg.

[2]) Pandecten, Bd. II, § 120 A. 7.

[3]) Vergl. auch Regelsberger, a. a. O.; der mit Recht auf das Interesse des ursprünglichen Eigentümers an einer Beibehaltung des bisherigen Rechtszustandes mit Rücksicht auf einen etwaigen Concurs des Trödlers hinweist. Darin liegt die praktische Tragweite der ganzen Frage.

als einer von denen, bei welchen der Empfänger der res im Zweifel nur die Detention der ihm übergebenen Sache erhält.

Dass die herrschende Ansicht Recht hat, wenn sie nach Lage der Quellen von einem solchen Vertrage redet, davon sind wir überzeugt.

Die Worte „aut igitur rem ipsam debebit incorruptam reddere aut aestimationem de qua convenit, lassen sich, wie Karlowa[2]) betont, nur für den Fall verstehen, „cum res aestimata vendenda datur"; die Art und Weise wie diese letzteren Worte den Eingang des Titels 19, 3 eröffnen, weist mit Bestimmtheit darauf hin, dass nur von dem Falle der Hingabe zum Verkauf in dem ganzen Titel die Rede ist; ferner aber können wir den Satz „aut igitur" nur im Sinne einer alternativen Obligation verstehen. Denn unter Betonung des incorruptam einen Versicherungsvertrag anzunehmen, wie Wendt dies thut[3]), das hiesse doch dem starken „aut—aut" einen grossen Zwang anthun.

Auch kehrt dasselbe „aut—aut" in einer anderen Stelle wieder, welche mit fr. 1 19, 3 grosse Ähnlichkeit zeigt, und auch nur als von einem Trödelvertrage redend angesehen werden kann. Wir meinen l. 17, § 1, 19, 5:

> „si margarita tibi aestimata dedero, ut eadem mihi afferes aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit: siquidem ego te venditor te rogavi, meum esse periculum, si tu me, tuum, si neuter nostrum, sed dum taxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. Actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis".

Die Stelle deswegen auf den contractus aestimatorius nicht zu beziehen, weil pretium niemals die Bedeutung von aestimatio zukomme, ist unseres Erachtens unrichtig. Wenn wir auch Lipp, welcher pretium stets mit „Erlös" wiedergeben zu müssen glaubt[3]), darin Recht geben, dass diese Bedeutung

[1]) Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung. S. 251.
[2]) S. 387.
[3]) S. 32.

die häufigere ist, so kommt pretium doch auch im Sinne einer Schätzungssumme, einer aestimatio, vor. Heisst es ja doch z. B. in fr. 10, § 6 de iure dotium 23, 3; es solle der Mann, dem eine dos bestellt sei unter der alternativen Verpflichtung „ut aut aestimatio aut res praestentur", sofern über das Wahlrecht nichts vereinbart sei, selber wählen dürfen, utrum malit res offere au *pretium* earum. Wie sollten wir ferner anders als im Sinne eines Trödelvertrages die Worte „ut eadem mihi afferes" verstehen? Unter Annahme eines dem Mandat ähnlichen Geschäftes mit Limitopreis[1]) sind sie jedenfalls völlig unklar.

Mit vollem Rechte hat also die herrschende Meinung den im Vorstehenden behandelten Vertragsbegriff aufgestellt.

---

[1]) Lipp, S. 33, A. 1.

Zusammenstellung der benutzten Litteratur.

Köchy: Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit Nr. 14.
Brinz: Kritische Blätter Nr. 3.
Regelsberger: Bei Holtzendorff, Bd. III, 2, S. 911.
Chambon: Beiträge zum Obligationenrecht „Die Lehre von dem contractus aestimatorius".
Ihering: Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XV.
Dernburg: Pandecten, Bd. II.
Windscheid: „ „ „
Bechmann: Der Kauf, Bd. II.
Puchta: Vorlesungen, Bd. II.
Reinhold: Der Trödelvertrag.
Unger: Jahrbücher für Dogmatik, Bd. VIII.
Lipp: Beitrag zur Lehre vom Trödelcontract.
Eisele: Zeitschrift für das schweizerische Recht, Bd XXV.
Leist: Mancipation und Eigentumstradition.
Bekker: Kritische Vierteljahresschrift, Bd. IX.
Wolff: Archiv für die praktische Rechtswissenschaft; neue Folge, Bd. II.
Glück: Commentar der Pandecten, Buch 19, § 1065 fg.
Karlowa: Das Rechtsgeschäft und seine Wirkung.
Wendt: Jahrbücher für Dogmatik, Bd. XXII.
Friedrichs: Trödelvertrag und Konditionsvertrag.